

# 自衛隊裁判と憲法判断

——百里基地訴訟最高裁判決（一九八九年六月二〇日）を契機として——

浜 谷 英 博

## 目 次

はじめに

- 一、事実関係と争点の整理
- 二、水戸地裁（第一審）判決  
（一九七七年二月一七日）
- 三、東京高裁（控訴審）判決  
（一九八一年七月七日）
- 四、最高裁（上告審）判決  
（一九八九年六月二〇日）
- 五、憲法上の争点に関する検討
  - (一) 「国務に関するその他の行為」論（憲法九八条一項）
  - (二) 憲法九条といわゆる間接適用論
  - (三) 民法九〇条（公序良俗）違反論

(四) いわゆる「平和的生存権」とその裁判規範性

六、自衛隊の存在と国民意識

七、違憲法令審査権の在り方

——憲法判断の回避と司法権——

結びに代えて

## はじめに

航空自衛隊百里基地（茨城県東茨城郡小川町）内の土地所有権及び売買の有効性等をめぐる争いから、自衛隊自体に関する憲法上の法廷論争にまで発展していた、いわゆる「百里基地訴訟」の上告審判決が、一九八九年六月二〇日、最高裁第三小法廷（伊藤正巳裁判長）で下された。

昭和三十三年七月の提訴以来、実に三十一年の歳月を費やした上告審判決は、原告及び国側の主張をほぼ認め、私法上の土地売買契約に、国家統治体制の指標を定めた規範である憲法九条は直接適用されないなど、本件は純然たる私法上の財産取引であるとの考え方を示した。

本稿では、かかる最高裁判決に至った裁判経緯の概要を述べると共に、いくつかの重要な憲法上の争点について論ずると共に、司法裁判所における憲法判断の在り方にも論及するものである。

## 一、事実関係と争点の整理

原告藤岡博（以下Xと略記）は、茨城県東茨城郡小川町百里ヶ原に宅地、畑、原野合わせて四筆（約二万平方メートル）を所有し、農業を営んでいた。

昭和三十一年五月頃から、政府は第一次防衛力整備計画の一環として、同地に航空自衛隊の基地を建設するため、用地の買収に着手した。

小川町では、同基地建設に反対する農民と、誘致に積極的な農民との間で反目が続いたが、基地建設の正式決定以来は、所有地を国に売却して同町百里ヶ原を離れる農民が多くなった。そして昭和三十三年三月頃には、大部分の用地の買い受けが完了していた。

基地工事が着々と進む一方で、反対農民の一部が基地建設工事事務所を襲撃するという実力行使に出るに及び、当初反対同盟の一員であったXも、本件土地の売却と立退きを決意するに至った。

そこでXは、当時反対期成同盟の指導的地位にあった山西きよ（以下Zと略記）との話し合いの結果、Zの夫（山西義雄）の使用人である石塚力（以下Yと略記）との間で、昭和三十三年五月一八日、本件土地を三〇六万円で売却する契約を結んだ。そして本件土地の内、宅地については所有権移転登記を、また畑及び原野については、農地法三条による知事の許可を停止条件とする所有権移転の仮登記を完了した。

売買契約書には、代金三〇六万円は、仮登記完了と同時に売主に支払うことが明記されていたが、Xが受領したの

は一八日の契約時に手附金として一〇万円、翌一九日に代金の一部として一〇〇万円の合計一一〇万円のみであった。

そこでXは、同年六月一二日付翌一三日到達の内容証明付書面をもって、同書面到達の日から一〇日以内に、残代金一九六万円をX方に持参して支払うべきことを催告した。そして右期間内に支払われなかった場合には、代金不払いを条件とする売買契約解除の意思表示を行った。

これを受けたZは（契約上の買主はYであるが、当初から代金はZがその責任で支払う考えであった。後にZは訴訟参加）、同期間末日（六月二三日）に弁護士と共にX方を訪れ、Zの夫作成の小切手で一九六万円の支払いを済ませ、領収証を受領した。

ところがこの小切手が翌二四日に不渡りとなり、結局前示期間内における支払いは不履行となった。そこでXは翌二五日、防衛庁東京建設部部長池口凌（以下国と略記）との間で本件土地を二七〇万円で国に売却する契約を結び、畑と原野については所有権移転登記を完了した。

そして本訴において、XはYに対し、売買契約の解除を求めると共に、宅地に関する所有権移転登記と、畑及び原野に関する所有権移転仮登記の各抹消を求めた。

また国もYに対し本件土地の所有権を確認し、かつ畑及び原野に関する仮登記の抹消を求めたのである。

これに対しYは、本件土地は適法に買収したものであり、Xによる売買契約解除は無効であると主張すると同時に、本件土地の国への売買の効力を否定した。そしてXと国に対し、本件土地の所有権確認を求めて反訴を提起したのである。

またYはこの訴訟において、自衛隊の違憲性を正面から主張すると共に、この前提に立ってXから国への売買自体が違憲・無効であり、その売買契約は解除されるべきことを、憲法上の論争を軸にして多方面から主張した。

水戸地裁の判決文に添って、多岐にわたる争点から、憲法上の論点を整理すると次の通りである。<sup>①</sup>

- ① 自衛のための戦力と憲法九条の問題。
  - ② 私法上の行為に対する憲法九条の適用の有無の問題。
  - ③ 国の私法上の行為に対する憲法九八条一項、同八一条の適用の有無の問題。
  - ④ 自衛隊の違憲判断と司法審査権の関係の問題。
  - ⑤ 私法上の行為に対する憲法九九条の適用の有無の問題。
  - ⑥ 平和的生存権の侵害を理由とする民法九〇条の適用の可否の問題。
- 以下原告・被告の主張をその都度必要に応じて述べてながら、各争点につき判決要旨を論述することとする。

#### 注

- ① 『判例時報』第八四二号（一九七七年四月一日）、二二―二三頁参照。

## 二、水戸地裁（第一審）判決<sup>①</sup>（一九七七年二月一七日）

水戸地裁（石崎政男裁判長）は一九七七年二月一七日、本訴を認容すると共に反訴を棄却し、ほぼ原告X及び国側の主張を認めて、被告Y側の主張を退けた。

同判決はまず原告・被告間の土地売買契約の締結及び解除について、「被告が、信義則違反、解除権濫用の根拠として主張するところは、すべて理由がない」として、前述の事実関係に立つて詳細な検討を加えた上、Xと国の間における本件土地売買契約の有効性を認容した。そして先の土地売買契約解除の意思表示と、X・国間における土地売買契約の締結が、憲法九条に違反した無効なものであるとのYの主張に対し、個別的判断に入る前に、憲法九条の解釈に関する石崎法廷の基本的見解として、以下の憲法論の表明を行ったのである。

(一)、日本国憲法は、過去の戦争の惨禍による国民の基本的人權の無視等を反省し、国民主権主義と永久平和主義の見地に立つて制定された経緯を有する。特に憲法九条一項は、政府が「国際紛争解決の手段としての戦争、武力による威嚇、武力の行使の放棄を宣言したものであり、同条二項は、日本国政府がみぎ第一項の目的を達成するため、戦力の不保持を宣言して交戦権を否定したもの」である。

またわが国は独立国として「固有の自衛権」を有するから、「外部から緊急不正の侵害を受けた場合、自国を防衛するため、実力をもってこれを阻止し、排除しうるところの国家の基本権を有する。」従って第一項は「国権の発動たる戦争、武力による威嚇、武力の行使を、国際紛争を解決する手段として行われる場合に限定してこれを放棄したものであって、自衛の目的を達成する手段としての戦争まで放棄したものではない。」

また「憲法はわが国の存立、わが国民の安全と生存を、その前提として当然に予定するところであるから、わが国の主権、国民の基本的人權の保障を全うするためには、これらの権利が侵害されまたは侵害されようとしている場合、これを阻止、排除しなければならないとするのが、憲法の基本的立場である。」

「現下の国際情勢に照らし、国の安全と国民の生存が侵害された場合には、「この侵害を阻止、排除する権限を有

する」のみならず、その行使にあたつては「必要限度において自衛の措置をとりうる」ことは当然である。そしてこの範囲における措置は「自衛権の作用として国際法上是認さるべきものである」ばかりか、「このことは国際連合憲章が、その第五一条において」「規定するところに照応するものである。」

戦力の不保持（憲法九条二項前段）については、「第一項の趣旨との関連において、これを合理的に解釈」しなければならぬ。即ち第二項の「前項の目的」とは、「第一項全体の趣旨を受けて、侵略戦争と侵略的な武力による威嚇ないしその行使に供しうる一切の戦力の保持を禁止したものと解するのが相当であつて、第一項の「前項」（「国際平和を誠実に希求」）の趣旨のみを受けて、「戦力不保持の動機を示したものと解することはできない。」憲法六条二項の、いわゆる文民条項の合理的存在理由」は、この見解の下においてのみ妥当であらう。

更に「交戦権」（憲法九条二項後段）は、「国際法上交戦国として認められている各種の権利」と解すべきであるから、この否認によつても、「わが国が外部からの武力攻撃に対し、自衛権を行使して」「実力行動にでること自体は何ら否認されるものではない。」

以上の緒論から、わが国が必要な限度において「自衛権を行使すること、および自衛権行使のため有効適切な防衛措置を予め組織、整備することは、憲法前文、第九条に違反するものではない。」

(二)、X・国間の本件土地売買契約が、直接憲法九条に違反し無効であるとのYの主張について、判決は次のように述べる。

即ち本件契約は「私法上の契約にほかならず、かような私法上の法律行為を規律するものは、私法上の行為規範であるべき」である。憲法九条は「国家統治体制の指標を定めた規範」であるから、「これと法域を異にする私法上の

行為を直接規律し、その効力を決するものでないことは明らかである。」

(三)、憲法九八条一項の「国務に関するその他の行為」、及び同八一条の「処分」に関するYの主張については、次の通り判示した。

即ち憲法九八条一項は、憲法の国法秩序における授權規範たる性格と、「最高法規性という自明の理を再確認したものである。」従って『国務に関するその他の行為』とは、少なくとも国権の作用ないし公権力作用と関係をもつ個別具体的な公法上の行為を指すもの」であつて、本件契約のような「私法上の行為にまで及ぶものでないことは明らかである。」

また憲法の最高法規性を実質的に保障する憲法八一条上の「処分」も、「前示『国務に関するその他の行為』に照応するものであつて、個別的、具体的な法規範を定立する国家作用を指すものと解すべきであり、前示のような私法上の行為を含むものではない。」

(四)、本件土地売買契約の一方の当事者である国家機関の存立根拠法規は、いわゆる防衛二法（旧防衛庁設置法、旧自衛隊法）であるが、これらはいずれも憲法前文と同九条に違反しており、当該契約は無効であるとのYの主張に対しては、次のように判示した。

まずいわゆる防衛二法が憲法に違反するか否かを検討するにつき、はじめに防衛庁及び陸海空各自衛隊の組織、目的、任務等について詳細に述べた後、違憲審査の問題について検討した。

即ち三権分立制を採用する日本国憲法は、司法権をすべて裁判所に帰属させると共に、憲法八一条によつて違憲立法審査権をも付与した。つまり「具体的事件において、国家行為は、法律上の争訟となる限り、すべて裁判所の司法



的統制に服することとなったのである。」

しかし司法権は万能ではなく、違憲立法審査権も、あくまで「司法権の作用として認められたにとどまり」、「一定の限界があることは認めざるをえない。」権力分立制は、「三権相互の抑制と均衡を基礎」として、「統一的国家意思を決定しようとするものであつて」、「その基盤には国民主権の根本原理が存在するのである。」

「たとえば直接国家統治の基本に触れる高度に政治性のある国家行為は、たとえ法律上の争訟となり、これに対する法的判断が法律上可能である場合においても」、「事柄の性質上、国民に対して政治責任を負う内閣または国会の権限に留保され、最終的には国民の批判と監視のもとに解決されるのを適当とする。」

「この司法権に対する制約は、結局三権分立の原理に由来し」、「わが憲法上の司法権ならびに司法裁判所の本質に内在する制約である。」

「したがつて前示のような国家行為が違憲であるかどうかの法的判断は、具体的事件についての法保障的機能を果たすべき使命を有する司法裁判所の審査には、原則として親しまない性質のものであり、したがつて一見極めて明白に違憲無効であると認められないかぎりには、司法裁判所の審査権の範囲に属さないものというべきである。」

かかる諸点を踏まえると、いわゆる防衛二法目的とするところは、国会の立法作用に基づいた国家の存立の基礎にかかわる安全保障の問題であると共に、国家統治の基本的問題である。即ち自衛権行使に必要な十分な實力の程度及び組織に関する政策は、流動的な国際情勢や技術の進歩に鑑み、更に自国の国力等にも照らした統合的判斷を求められることから、「必然的に高度の政治的、技術的、専門的判斷が要求される」ことは自明である。従つて自衛隊が自衛の限度を超えた「戦力」に該当するか否かの法的判斷は、「原則として司法裁判所の審査に親しまない性質のもの

であり、一見極めて明白に違憲無効であると認められない限り、司法審査の対象とはなりえない。」

従つて昭和三三年当時の自衛隊が、『戦力』、すなわち侵略的戦争遂行能力を有する人的、物的組織体に該当することが、一見明白であると断ずることはできない」以上、いわゆる防衛二法が憲法に違反するか否かの判断は、「統治行為に関する判断であり、裁判所の司法審査の対象とはなりえない。」

(五)、本件契約の目的が、国に自衛隊の軍事基地を建設させることにあるとすれば、これは憲法九条が禁止した事項の実行にあたるから、同九条に違反し無効であるとのYの主張に対しては次のように判示した。

憲法九条の「公務員に対する憲法への忠誠と護憲の要請は、道義的な要請であり、倫理的性格を有するにとどまるものと解すべき」であつて、「公務員ないし私人が行つた個別具体的な私法上の行為の効力を規制するものではない。」

(六)、本件土地売買契約解除の意思表示、及びX・国間の本件土地売買契約締結は、民法九〇条によつて無効であるとのYの主張に対しては、次のように判示した。

Yは、かかる法律行為が自衛隊の存在を前提としている以上、「戦力の保持を禁止した憲法の基本的秩序に違反し、民法九〇条にいわゆる公序良俗に反して無効である」と主張するが、わが国が独立国家として固有の自衛権を有し、それに基づく実力を行使でき、そのための有効適切な防衛措置を予め組織、整備できることは前示した。またかかる見地に立つて、いわゆる防衛二法に基づく自衛隊が、一見極めて明白に違憲の「戦力」に該当すると断じえないことも既に述べた。とすれば、前示法律行為が自衛隊の軍事基地の建設を目的としていたとしても、「民法第九〇条にいわゆる公序良俗に違反し、無効であるということとはできない。」

(七)、最後にYは、前示法律行為の目的が、「基本的人権たる平和的生存権を侵害するもの」であり、民法九〇条に違反し、無効であると主張したが、それに対しては次のように判示した。

国家統治の根本を定めた憲法の基本的立場や根本理念は、前文においてこれを明示しているところであるが、Yの主張の「平和的生存権についても、憲法前文第二項の触れるところである。」

しかしながら「憲法前文第二項に規定する平和の内容については、本文各条項によって具体化されていないのみならず、前文においても具体的、個別的に規定されているわけでもない。」むしろ「平和をもつて政治における崇高な指導理念、ないし目的としたにとどまるものといわざるをえない。」即ち「憲法前文第二項は、形式上憲法の一部を構成する」が、これはあくまで憲法本文各条項の解釈基準を明らかにしたものに過ぎない、と解するべきである。とすれば、「平和的生存権」は、「その内容が抽象的なものであって、具体的、個別的に定立されたところの裁判規範と認めることはできない。」

従ってX及び国の法律行為が平和的生存権を侵害し、また民法九〇条によって無効であるとのYの主張は、「その前提において失当たるを免れない。」

#### 注

- ① 特別に脚注のない以下の「」内については、水戸地裁判決文からの直接引用であることを、初めにお断わりしておきたい。

## 二、東京高裁（控訴審）判決<sup>①</sup>（一九八一年七月七日）

当該判決の結論は、XがYに対して行つた本件土地売買の契約解除及びXが国との間に交わした本件土地売買契約は合法的に行われており、Yら主張のような官憲の弾圧・懐柔等の手段を用いた上での公権力の行使と同視すべき行為は認定できず、従つて要件の欠缺、権利の濫用もないとするものであった。

即ち理由付けに原審と若干の相違点を見出しうるものの、結論部分でのX及び国側勝訴は変更されなかった。以下憲法上の理由付けの部分につき概説する。

本判决は論理の展開が特異である。即ち本件土地取得行為等<sup>②</sup>に関する行為が、憲法の諸原則に反し無効であるとのYらの主張につき、それを認めると仮定した上で、Yらの主張する理由によつて、かかる行為が法律上無効となるか否かを判断することとしたのである。

### （一）憲法九八条による無効

国の本件土地取得行為は、旧防衛庁設置法等に基づいた自衛隊航空基地建設のための直接的な戦争関連行為であり、明らかに憲法上の「国務に関するその他の行為」に該当するとするYらの主張に対し、東京高裁は次のように判示した。

即ち憲法九八条は「憲法の最高法規性と国法秩序の体系を示したもの」であり、同八一条は「違憲性の認定権を裁

判所に付与した」ものと言うことができる。またここでの「処分」も、行政処分のみならず司法処分も含むところであるが、だからといって国の行う一切の行為を含むものではない。少なくとも国の最高法規性の秩序の下での効力が問われているような場合に限られるべきである。「それ故国家公権力の行使と係わり合いがなく、国が私人と対等の立場に立つて行った本件土地取得行為のごときものが、これに含まれないことは明らかである。」

## (二) 本件土地取得行為の法的性質とその適用法規

本件土地取得行為等は、当事者間の売買の法形式を採っているとは言え、取得目的及び手段等から見て、これは公権力の行使と同視すべきであるとするYらの主張に対しては、判決は次のように言う。

基地の設置に関する法律関係等は、「公法的規律と私法的規律とが互いに関連し、交錯し合う包括的な法律関係である。」「従ってその適否が争われる場合」、裁判所は個々の具体的事例について判断しなければならない。

本件土地取得行為の場合、当事者の一方が国家であるとは言え、それに優越的地位も認められず、あくまで個人と対等の立場に立った自由な協議に基づく契約の締結である。従ってかかる行為は「私人相互間に締結される売買契約と同様、私法法規の適用を受けるものと解すべきである。」

ただし私的自治の名の下における事実上の支配関係が存在し、それが社会的に容認しがたい程度に達している場合には、「これを公法行為とみなして」「憲法上の制約」や「公法上の諸規則を加えることも可能であろう。」

### (三) 憲法九十九条による無効

Yらは、国側の契約担当者は国家公務員として、またXは主権者たる国民として、憲法九十九条に基づく憲法尊重擁護義務があるとする。しかるに本件土地取得行為は、憲法九十九条に違反する軍事基地設置を目的としてなされたものであり、違憲無効と主張するのである。

これに対し判決は、「憲法九十九条は、公務員の憲法遵守義務を規定しているが、それは「公務員以外の一般国民に對し、かかる義務を課したものではない。」また「国家の公權力を行使するものが、憲法を遵守して国政を行うべきことは当然の要請であるとし、本条の定める公務員の義務は、いわば倫理的な性質のもの」であり、その違反に對しても法的制裁の対象になったり、既遂の行為が無効になったりする訳ではない。

### (四) 準拠法規を欠くことによる無効

更に本件土地取得行為等の根拠規定自体が違憲無効であるから、「法律による行政」の原理の下での準拠法規を欠き、かかる行為は無効であるとのYらの主張に對して、判決は次のように言う。

即ち旧防衛庁設置法はいわゆる組織規範であつて、「防衛庁の行う公法行為を根拠付けたり、規制したりする法律ではない。いいかえれば」「法律上権限の与えられているということと、その権限の具体的行使が適法であるかどうか」ということは、自ら別個の問題である。」従つて前示のように、本件土地取得行為等が、私人間の売買契約と同様に私法上の法律行為であるとすれば、「防衛庁がその契約を締結するにつき、格別の根拠規定の存在を必要とするも

のではない。」

## (五) いわゆる「平和的生存権」侵害

「平和主義の確立が憲法制定の重大な眼目であり、」その理念が「憲法の基本原則であること」は前文から明らかである。また「平和的生存権」についても、「それを独立の権利と呼ぶかどうかは別としても、あらゆる基本的人権の根底に存在する最も基礎的な条件であつて、その実現は「基本的人権尊重主義の徹底化を期する」上には重要な要素である。

しかし憲法の前文は、憲法の具体的条文を解釈する上での指針とすべき基本理念であつて、「解釈を通じて本文各条項の具体的権利になりうる」とあるとしても、それ自体裁判規範として、国政を拘束したり、国民がそれに基つき国に対して一定の裁判上の請求をなしうるものではない。」

従つて『「平和的生存権」をもつて、個々の国民が国に対して「具体的措置を請求しうるそれ自体独立の権利である」とか、具体的訴訟における違法性の判断基準になりうるものと解することは許されず、』それは政治上平和理念を尊重することが要請されるにとどまるものといわなければならない。

## (六) いわゆる「直接適用説」と憲法九条違反

本件土地取得行為等が、憲法九条に違反して直接無効となるか否かについて、判決は次のように言う。

「憲法九条は、前文のように政治的理念の表明にとどまるものではなく、」平和主義を制度的に保障するため、戦

争放棄という政策決定を行い、それを中外に宣明した、憲法の憲法とも言うべき根本規範である。」従って「その意味・内容は、法規範の解釈として、客観的に確定されるべきものである。」

しかしながら戦争放棄にせよ、戦力不保持にせよ、同条がまた国家の安全保障という高度な政治性を有する政治的規範であることも否めない。ただしこの一点の理由のみで、「本条に関する争いを司法の統制外に置くことは、それだけ本条の実効性を殺ぐこととなり」かねず、最高法規性や法令審査権といった憲法の精神を貫くことが不可能にもなる。

従って同条に高度な政治性を認めうるとしても、それは「裁判規範として法令、処分等の合憲性の判断基準になりうるもの、と解するのが相当であろう。」

### (七) 憲法条規の「第三者効」

近時、国家組織にも似た巨大な企業や労働組合等の「社会的権力」による人権侵害の多発により、憲法の人権規定の効力を、直接私人間の法律行為にも及ぼそうとする新しい人権思想が台頭してきた。即ち憲法九条の目的とする平和主義などを、基本的人権尊重主義の不可欠の前提条件として、全ての法領域に妥当させようとする考え方である。

しかし右の考え方を肯定するにせよ、同時に憲法上の人権規定の第一義的目的たる、国家権力からの保護の意義が否定されてはならない。まして「国家が直接これに介入するとすれば」、「私的自治の原則ないしは私法の独自性と自律性が脅かされて私法の社会化・国家化を来たし」、「自由保護のための「基本的人権の保障規定が、自由を制約するための義務規定に転化」するという「不都合な結果を招来することとなる。」



従つて伝統的な自由権や平等権に関する憲法の人権規定は、「公法と私法の二元性を維持し、私的自治の原則を尊重しながら、」民法の一般条項を通じた間接適用が妥当であり、本件において解釈・適用されるのは、あくまで「私法の規定そのものであつて、憲法の条規自体ではない、と解するのが相当である。」

## (八) いわゆる「間接適用説」と公序良俗の意味

民法九〇条にいう「公序良俗」とは、「私法秩序のもとで、当事者の意思に反して法律行為の効力を否定するための基準」であつて、「しかも正当性の信念又は道徳的価値観を伴うもの」である。従つて憲法の人権規定が指向する客観的価値秩序が、「そのまま公序良俗の具体的内容として」「社会生活ないし国家生活の重要な秩序となるのではなく、私的自治の原則により、」「公序良俗の具体的内容が相対化されてゆくのである。」

即ち公序良俗違反の主張のためには、その人権侵害が「社会の存立、発展を脅かす反社会的な行為であり、しかも、そのことが、単に一党・一派の信念や倫理観に反するというだけでは足らず、その時代の社会一般の認識として確立されていて、当事者の意思に反してかかる法律行為の効力を否定することが当然であると一般に容認されるようなものでなければならない。」

## (九) 憲法九条違反と公序良俗

憲法九条は、憲法の「基本原則である平和主義の理念を具体化した規定」であるが、現実の国際社会は「『二つの世界』の対立が激化し、理想と現実との乖離が顕在化」している。また憲法九条の解釈にしても、自衛戦争や交戦権

について種々の解釈がなされている。これは国家の基本法たる憲法の特質から、「用語の概念が一般的・抽象的で、かつ弾力的・相対的」であること、更に「平和主義の理念そのものが高度の価値概念であつて」、「論者の世界観や政治的イデオロギーの違いがそのまま反映するということに由来する」。

従つて「憲法九条の規定に関して、国民の間に客観的・一義的な意見の醸成されることを望むのはおよそ不可能に近く、」いずれの理論も「ひとしくその正当性を主張しうるものである」。

即ち「自衛隊がその存在を否定されるのでなければ社会の存立、発展を脅かすに至るほど反社会的、反道徳的であることについて、現段階においてはもとより、『本件土地取得行為』の行われた昭和三三年当時においても、」社会一般の認識として確立されていたものといえない」ことは明らかである。

#### (十) 裁判所と憲法判断

裁判所は憲法九条に関する目的論的解釈は可能であるし、必要に応じて、いかなる見解が妥当であるかを決定しなければならぬ。ただ本件においては自衛隊の反社会性、反道徳性が、社会一般の認識として確立されているか否かが問題となつてゐるに過ぎないのであるから、裁判所は「いずれの見解が妥当な解釈であるかということについては、あえて、それを決定する必要がないもの、というべきである」。

ただある法律の合憲判断が、理論的には具体的適用に絶えず先行すべきであると同時に、「法令審査権は、もともと、憲法で保障された国民の基本的人權を政府の専断から守ることを狙いとするもの」である。このことから「我が国憲法のもとでそれが司法裁判所に与えられているのは、具体的訴訟事件の解決という司法の使命を達成するためであつ

て、憲法の有権解釈それ自体のためではない。」従つて法令審査権の行使は、「具体的訴訟事件の解決に必要不可避な場合に限り、しかも、その限度においてのみ正当化される」ところ、本件においては、かかる憲法判断を加えるまでもなく結論を導き出すことが可能であるため、「あえて当裁判所の見解を示さないこととする。」

#### 注

① 特別に脚注のない以下の「」内については、東京高裁判決文からの直接引用である。また、第二審において、民訴法七一条及び七三条により、当事者参加をした山西きよ（Ｚと略記）は、昭和五四年一月六日にＹから本件土地を買い受け、同年二月五日付で各々登記・仮登記をした。またＹは昭和五四年二月二〇日付けで訴訟脱退を申し出た。Ｘは宅地に関する本訴・反訴についてのみ不承諾だったが、国側は全部につき承諾した。

② 以下「本件土地取得行為等」とは、Ｘの、Ｙに対する本件土地売買の契約解除の意思表示及び国の本件土地取得行為の両方を表わすものとする。

### 四、最高裁（上告審）判決<sup>①</sup>（一九八九年六月二〇日）

控訴審判決から八年を費やした最高裁判決は、これまでの地裁・高裁段階での諸論点を更に集約し、憲法九条の解釈や統治行為論には一切触れず、事実関係については従来までの認識を踏襲すると共に、結論部分も高裁の判断を是認することが正当であり、その過程に違法性はないとした。

そうした上で、(一)本件土地売買契約は、国が私人と対等な関係の下で行われた私法上の法律行為であつて、憲法九

八条一項の「国務に関するその他の行為」には該当しないこと、また(二)憲法九条は、私法上の法律行為には直接適用されないこと、更に(三)本件土地売買契約は自衛隊の基地建設を目的ないし動機として締結されたものであるが、それが当時反社会的であるとの一般的認識として確立されていた訳ではなく、そのことによって私法上の契約としての効力を否定されるものではないこと、(四)その他、等々諸論点につき判示した。主たる理由は次の通りである。

(一)、憲法九八条一項は、「憲法が成文法の国法形式として最も強い形式的効力を有し、」それに反する一切の法形式的効力を否定する当該憲法の最高法規性を定めている。従って同条項に言う「国務に関するその他の行為」とは、「同条項に列挙された法律、命令、詔勅と同一の性質を有する国の行為、言い換えれば、公権力を行使して法規範を定立する国の行為を意味」する。とすれば、「国の行為であっても、私人と対等の立場で行う国の行為は、右のような法規範の定立を伴わない」から、同条項の「国務に関するその他の行為」には該当しないと解するべきである。

ただし行政処分や裁判などは、個別具体的ではありながら、消極的立法行為として公権力の行使を伴うものであるから、同条の「国務に関するその他の行為」への該当も首肯できる。しかし本件売買契約は、右のような法定立作用の存在しない純粹な私法上の行為であることが明らかである以上、「国務に関するその他の行為」に該当しないことは明らかである。

(二)、憲法九条の憲法規範としての性格上、私法上の行為の効力を直接規律することを目的としていないことは自明である。従って国が「私人と対等の立場」に立つて行われる私法上の契約は、公権力の発動と誤認されうるような特別の事情のない限り、「憲法九条の直接適用を受けず、」私人間の公平な利害調整を立法目的とする「私法の適用を受けるにすぎない」ものである。

前示のように本件土地取得行為等が純粹な私法上の財産取引である以上、私的自治の原則が最優先されるべきは当然であり、「憲法九条が直接適用される余地はない。」ましてXの売買契約の解除及びその意思表示は、事実関係でも明らかなように、国側の売買契約締結及びその目的としての自衛隊基地建設とは全く無関係である。

(三)、憲法九条が私法上の行為、即ち本件土地売買契約の法的効果の判断に適用されないという論理的前提に立つとしても、当該契約の目的が自衛隊基地の建設である以上、この目的及び動機についての検討は、本件土地売買契約が、公序良俗違反となるか否かを判断するための重要な要素である。

即ち「私法的な価値秩序のもとにおいて」は、反社会性の程度を判断することによって、公序良俗違反としての法的結着が計られることになる。

その前提の上で判決は、民法九〇条の「公序」違反の要件を、「私法的な価値秩序の下において、社会的に許容されない反社会的な行為であるとの認識が、社会の一般的な観念として確立している」こととし、判断基準の重点を社会の一般的な観念に求めた。

その上で憲法九条を優れて公法的な性格を有する規範であるとし、従ってそのままの内容で「公序」を形成するものではなく、私法的価値秩序の下の「私法上の規範によって相対化され、民法九〇条に言う『公ノ秩序』の内容の一部を形成する」とするのである。

従って「国家の私法的行為に適用される民法九〇条の公序良俗違反は、憲法規定に違反するか否かによってではなく、私法的な価値秩序の下において、社会的に許容されない反社会的な行為として一般的に観念されているか否かが、私法上の行為の効力の有無を判断する基準になる」とする。

この基準から言えば、「私法的価値秩序の下で、国と私人との間で、自衛隊のために売買契約を締結することが反社会的行為であるとの認識が、社会一般の観念として確立していたとは言えない」と結論して、本件土地売買契約の効力を肯定したのである。

(四)、その他、国が行った本件土地取得行為等の準拠法規（防衛庁設置法及びその関連法規）は憲法九条違反であり、無効であるから、かかる国の行為も無効であるとの主張、及び本件土地売買契約の国の代理人は、防衛庁設置法及びその関連法令の無効によって職務権限を欠いており、結果として無権限者の行為となって私法上無効になるとの主張に対しては、概ね次のように判示した。

即ち本件売買契約は、「国がその活動上生ずる個別的な要素を賄うためにした私法上の契約であるから」、「国がその一方の当事者であっても、一般の私法上の効力発生要件のほかには、なんらの準拠法規を要しない」であり、従って本件売買契約の効力の有無の判断について、「防衛庁設置法及びその関連法令について違憲審査をすることを要するものではない。」

また、一般に、売買契約の当事者本人が自らの代理権限の存在を認めている場合、第三者が代理権限の不存在を主張して当該契約の効力を争うことはできない。

従って本件訴訟の場合、本件売買契約の本人たる国が、代理人たる防衛庁建設部長の代理権限を認め、相手方たるXとの間で本件契約が有効に成立していると主張している以上、「第三者である上告人ら（Zら）は、右理由による無効を主張することはできず、」従って国の代理人が「本件売買契約の締結当時、必要な職務権限を有していたか否かについて判断する必要はない。」

以上が最高裁判決の主たる論旨であり、以下その憲法上の争点につき論ずることとする。

注

- ① 特別に脚注のない以下の「」内については、最高裁判決文からの直接引用であることをお断わりしておきたい。

## 五、憲法上の争点に関する検討

### (一) 「国務に関するその他の行為」論（憲法九八条一項）

被告人Yらは、本件土地取得行為が憲法九八条一項に言う「国務に関するその他の行為」に該当し、同条の規制をうけることを主張すると共に、同行為は憲法八一条の「処分」にも該当し、裁判所の有する違憲法令審査権の対象にもなりうると主張した。この主張からすれば「国務に関する行為」は必ずしも国法としての効力を有するものに限定されず、従って国法形式をとることも要件とはされず、一切の政府の行為を指すことになる。即ち「権力行為と非権力行為、公法行為と私法行為、法律行為と事実行為の形式的区別は全く存在しない」（第一審においてYら主張）のである。

確かに国家の私法上の法律行為が、憲法九八条一項の「国務に関するその他の行為」または同八一条の「処分」に含まれるか否かは、従来詳細に論議されることの少なかった点である。しかし多数の学説は同行為及び処分を公法行為として説明しており、「国務に関するその他の行為」の中に、明文化された法律、命令、詔勅以外のあらゆる国法

形式を含めている。<sup>①</sup>

しかし本件最高裁判決は「国務に関するその他の行為」について、「憲法九八条一項に列挙された」法律、命令、詔勅と同一の性質を有する国の行為、言い換えれば、公権力を行使して法規範を定立する国の行為」であると判示した。従って私人と対等な立場で行う国の行為（私法上の法律行為）は、右のような法規範の定立作用を伴わず、かかる「国務に関するその他の行為」に該当しないものと判断したのである。

これは全体として首肯できる判断と言える。確かに憲法の具体的条規の効力が、私法関係に直接及ぶか否かについて論争もあり、法学上の形式的分類からは「私法上の行為」であるという一点の理由で、憲法規定が私法分野に対し、直接には全く効力が及ばないと解することには多少の疑問が残ることも否めない。<sup>②</sup>

しかし本件の場合、前述の理由に照らし、まさにこの「私法上の契約」としての法のカテゴリーに分類しうることには何ら疑義はないと思われる。小林直樹教授の言う「一種の戦争準備を前提にした基地設営の行為が、憲法によって禁じられているとすれば」という前提は、前提自体が論議の対象であり、認識の差異となっているのである。即ちこの前提を認めるか否かによって、公法原理と私法原理に関するその後の論理が大きく変更されることは違いのないところであろう。

また基地の設営等のような複雑多岐にわたる法律関係を内包する事例については、その具体的個別的契約等について、個々に裁判所が判断せざるを得ず（控訴審判決）、この観点から本件のような土地売買契約締結行為は、純然たる私法上の法律行為と認定することができる。

従って「憲法の規範性の強化というすぐれて現代憲法に特殊な事実」<sup>③</sup>を考慮すると共に、憲法規範にできるだけ



多くの裁判規範的性格を付与して、裁判所の判決という形式によってその規範的意味を実現しながら、司法審査による憲法保障を強化しようとする動向の<sup>⑤</sup>全てを是認するとしても、本件については、これらのいずれに該当する事例にもあたらないことは明らかである。

また国家の私法上の法律行為の有効性については、国家行為の二面性という見地からでも是認できる点がある。即ち国家は、国家であるが故に許される行為（軍隊の保持や課税行為など）と、国家でなくとも行うことができる行為（私法上の賃貸契約や売買行為など）との両面の活動が可能である。<sup>⑥</sup>これは国家であるが故の二面性とも言えるが、この内の私法上の法律行為の合法性及び有効性に疑義がないのは言うまでもない。即ち本件土地売買契約締結に伴う土地取得行為は、私法上の単純な財産取引であって、契約自体にも何ら瑕疵はなく、私人相互間の利害関係の公平な調整を目的とする私法を適用すべきことにこそ法的妥当性を見い出すことができる。

## （二）、憲法九条といわゆる間接適用論

憲法九条について第一審判決は、判決内容に先立つ基本的解釈として、自衛権及びそれに基づく具体的実力の組織・整備、更には自衛目的達成の手段としての戦争までを放棄してはいないという積極的解釈を行った。いわゆる福島判決（長沼ナイキ訴訟第一審判決）と対極にある、事実上の自衛隊合憲判決と称される所以である。<sup>⑦</sup>

そして自衛権行使のための実力組織の程度については、国家統治の基本的政策に関わる高度に政治的な判断である以上、「一見明白違憲論」によって、自衛隊を憲法九条上の「戦力」に該当しないと判示した。いわゆる統治行為論の採用である。このように一方で統治行為論を採用しながら、他方で憲法の実質的解釈を行う態度には一部の批判も

ある。<sup>⑧</sup>

これを受けて控訴審判決は、憲法九条の裁判規範性を肯定しながらも、その解釈における国民のコンセンサスは不可能に近いとする。そして裁判所の法令審査権は、具体的訴訟事件の解決に必要かつ不可避な場合にのみ、その限度において正当化される場所、本件の場合、このような判断をするまでもなく結論を導き出すことが可能であると判示した。

これに対し最高裁判決は、統治行為論や憲法九条の解釈論には一切触れず、同条が憲法規範として有する性格上、妥当する法領域や規範としての目的も異なり、私法上の法律行為に直接適用されるものではないと判断した。

確かに私法の分野については、私的自治の原則や私法の独自性及び自律性が、法定立上の重要な価値基準となっている。この原則に安易に公法基準に基づいた原理・原則の導入を許すとすれば、「私法の社会化・国家化」（控訴審判決）はもとより、本来自由を保護するための基本的人権保障規定が、「自由を制約するための義務規定に転化」（同）してしまうという危険までを同時に内包する恐れがある。従ってたとえ一方での人権思想に基づく積極的な主張の一部を認め、そのメリットを理解するにしろ、他方において「公権力の私法分野への介入」というデメリットについて、完全に払拭することができないのである。

ちなみに最高裁判決は、憲法九条が直接適用されない理由として、公権力の不行使を挙げた。このことは将来、国が行政の主体として契約の一方の当事者となっているような場合、「たとえば行政活動上必要となる物品を調達する契約、公共施設に必要な土地の取得又は国有財産の売払いのためにする契約など」（最高裁判決）において、更には自衛隊基地用の土地の取得に関し、土地収用法に基づく強制執行が行われたような場合において、裁判所は憲法判断

を回避できないとの含みを残した結果となっている。統治行為論の定着や司法的判断への過重が論議される中で、今後の動向が注目されるところである。

### (三)、民法九〇条（公序良俗）違反論

本件土地売買行為が、公権力の行使等も伴わない私人との対等な立場における私法上の契約であり、私的自治の原則に従った純粋な財産上の取引である以上、本件法律行為に憲法九条が直接適用される余地のないことは前示した。確かに憲法九条は、下位法の解釈適用の際の指導原理となりうるものである。しかしその定立目的から判断して、本件土地売買契約のような私法上の法律行為の公序良俗違反の問題を、自衛隊基地建設の目的ないし動機に照らし、憲法九条の趣旨に対する適合如何の問題としてとらえることには疑問がある。

本件契約締結行為が、前示のようにあくまで私法上の法律行為であるとすれば、このような行為が、私法上の価値秩序において、「その効力を否定すべきほどの反社会性を有するか否か」（最高裁判決）を、公序良俗違反の判断基準にすべきことには相当の理由がある。即ち憲法九条のような典型的な公法的規範は、そのままの内容をもって、私法的価値秩序の下での「公序良俗」の内容を形成したり、また「それに反する私法上の行為の効力を一律に否定する法的作用を営むことはない」（同）のである。

憲法九条は私的自治の原則、契約上の信義則といった私法原理や「私法上の規範によって相対化され、民法九〇条という『公ノ秩序』の内容の一部を形成するのであり、私法的な価値秩序のもとにおいて、反社会的な行為との認識が、一般的な観念として確立しているか否かが、私法上の行為の効力の有無を判断する基準になるものというべきで

ある。」(同)

この意味からいわゆる防衛二法が、自衛措置やそのための実力保持は憲法上禁止されないと解釈の下で制定されたものである以上、このような法律の実効性の保持のために、国と私人間で交された本件土地売買契約締結行為等が、「社会的に許容されない反社会的な行為である」と認識され、それが「社会の一般的な観念として確立していたということはできない」(同)のは、いわば当然である。

この点は昭和三三年当時に限らず、現在においても認容できるものである。

#### (四) いわゆる「平和的生存権」とその裁判規範性

一九六〇年代初頭から、学界でしばしば論議されてきたいわゆる人権としての「平和的生存権」であるが、長沼ナイキ訴訟における福島判決(札幌地裁、昭和四八年九月七日)によってその裁判規範性が認められるに至り、一気に論議は高まった。

しかし同訴訟の控訴審判決(札幌高裁、昭和五一年八月五日)によって、その裁判規範性が否定されるに及んで、いわゆる人権としてのとらえ方は否定された結果となっている。主な理由は次の通りである。

まず第一は、憲法前文が憲法典の一部である以上、その法的拘束性については否定し得ないところであるが、第一段(国民主権主義、代表民主制)の法的拘束力の絶対性に比べ、第二段(平和主義)は、国家の基づくべき崇高な理念と目指すべき目的を述べたにとどまっているものというべきである。従ってここにいる「平和的生存権」は、裁判規範として何ら現実的個別的 content の具体化がなされていない。

第二として、前文の平和主義の原則を受けて規定された第九条は、前文よりもより具体的に禁止事項を列挙しているが、これは国家機関に対する一般的禁止命令であつて、特定国民の具体的な利益保護に配慮しているものとは言えない。何故なら憲法中の国民の権利義務の章には、この原則の具体化された条規が存在してはいない。

この考え方は、前文の法的効力に関する従来の学説を踏襲したものであるが、あえてそれら学説の中から憲法前文の規範的性質について肯定的に述べた部分をことさらに強調しながら、立法・司法・行政作用の全てがそれに拘束されることを主張する学説もある<sup>⑨</sup>。

確かに前文に本文各条項の解釈基準としての役割がある以上、その限度においての規範的効力を否定するものではない。しかし清宮四郎教授の主張する「前文の法的性質」は、一体としての憲法自体に内在する限界、換言すれば前文に盛り込まれた基本原理の改変に対する制約、即ち憲法改正権自体の限界を示したものであつて、前文の裁判規範性を主張したものではない。

また山内敏弘教授は砂川事件最高裁判決を取り上げ、憲法前文の裁判規範性を肯定した事例としてとらえることが可能だとする。その根拠として判決の結論部分を引用し、「アメリカ合衆国軍隊の駐留は、憲法九条、九八条二項および前文の趣旨に適合こそすれ、これらの条章に反して違憲無効であることが一見極めて明白であるとは到底認められない」と述べた点を指摘する。（傍点は山内教授）

その上で、判決が「結論部分において前文を九条や九八条二項と并列に並べ、これらの規定の『趣旨に適合こそすれ……』と結論づけているのは、判決が、前文と九条でその適用のし方に質的な差異を認めず、むしろ前文も、裁判規範として合衆国軍隊の駐留を合憲とする重要な根拠たりうることを示したもの<sup>⑩</sup>」と主張するのである。

しかしこの論拠には重大な誤解がある。山内教授は先の引用部分で同列に並べられた要素を「九条、九八条二項および前文」(A)とされるが、実際同列に並べられたのは「九条、九八条二項および前文の趣旨」(B)(傍点は筆者)である。即ちこの三要素が(A)であるとすれば、具体的条文を明記しながら、実際には「九条の趣旨」や「九八条二項の趣旨」に適合することになって、条文解釈とその適用がはなだあいまいになる。やはりこは「九条、九八条に適合」させることが重要なのである。

この点三要素が(B)であれば、「九条、九八条二項に適合」することは当然で、なおかつ「前文の趣旨」にも適合」することになり、具体的適用条文を先に示し、その解釈基準を後に示す論理上妥当な論旨の展開となる。従ってこの点においても、前文自体に裁判規範性を認めることは首肯できない。

当該百里基地訴訟においても主張された平和主義ないし「平和的生存権」であるが、この主張にある「平和」とは、やはり国家の指向する理念ないし目的としての抽象的概念の枠を越えるものではなく、それ故具体的訴訟において違法性の判断基準にはなり得ず、また「それ自体独立して、具体的訴訟において、私法上の行為の効力の判断基準になるものとはいえない」(最高裁判決)とする考え方は妥当である。

ことに「平和」の実現には個々の価値観や世界観に基づいた種々の手段や方法が考察されるとすれば、そこに特定の意味・内容を導き出し、かつ具体的権利性を付与することは、判断基準にとって致命的なあいまいさの拡大につながり、本質的に無理があると言わなければならない。

## 注

① 中山勲「百里基地訴訟―審判決の憲法論」、『判例時報』八五九号(一九七七年一〇月一日)、一三二頁参照。

- ② 小林直樹「百里判決の憲法判断」、「ジュリスト」六五二号（一九七七年一月一五日）、八四頁参照。
- ③ 小林直樹「前掲論文」、八五頁引用。
- ④ 東條武治・早坂禧子「百里基地訴訟第一審判決（新判例評釈）」、『判例タイムス』三五一号（一九七七年一月一五日）、一〇〇頁引用。
- ⑤ 伊藤正巳「憲法規範の変質」、「公法の理論」（上）（一九七六年、有斐閣）、一頁参照。
- ⑥ 拙稿「光華寮事件をめぐる法的諸問題」、「日本政教研究所紀要」第二二号（一九八七年二月二五日）、五二―三頁参照。
- ⑦ これに対し、当判決はあくまで「昭和三十三年当時の自衛隊が侵略的戦争遂行能力を有するものでないことをのみを判断したのであって、事実上も実質的にも自衛隊の合憲性を肯定してはいない」とする見解もある。浦田賢治「百里判決と憲法九条論」、「法律時報」第四九卷第八号（一九七七年六月一日、通巻五九五号）、一四頁参照。
- ⑧ 代表的なものとして小林直樹「前掲論文」、八六頁参照。
- ⑨ 山内敏弘「平和的生存権の裁判規範性」、「法律時報」第四八卷第二一号（一九七六年一〇月一日、通巻五八五号）、三三頁二段参照。
- ⑩ 山内敏弘「前掲論文」、三四頁三―四段参照。

## 六、自衛隊の存在と国民意識

自衛隊が少なくとも現在、社会的存在として広く国民の支持を得ているという事実は、次の調査からも理解できる。一九八八年六月の読売新聞社の世論調査における「自衛隊のあり方」について、「現状程度」六七％、「増強」八％、合計七五％に対し、「廃止」三％、「縮小」一七％、合計二〇％で、現状肯定派が四分の三を占めている現実がある。また総理府の一九八八年一月の調査においても、現状維持派は約六割を占め、防衛費の突出には慎重でありながら

も、自衛隊自体を否定してはいない。<sup>①</sup>

更に百里基地訴訟における控訴審判決及び最高裁判決では判示されていないが、独立国家固有の自衛権の存在、及びそれに基づく最低限度の自衛のための実力の保持及び行使は、現状の国際社会における国家群によって国際法上も支持されている。

従って「自衛権の存在を認めたとしても、これをあらかじめ用意した戦力によって行使しうるかどうか」、更には「国際法上の自衛権と異なる独自の考え方を日本国憲法がとっているかどうか」などの諸点を論議の対象とすることは、日本だけが逆の意味で、いたずらに国際的孤立を招く結果を導きかねない。特に「自国の防衛のための実力をもつのは国家の基本権であると論証ぬきで断定してしまつては議論にならない」<sup>③</sup>ときめつけられては、逆にこの論証の必要性自体に大きな疑問を提起せざるを得ない。国家の基本権は国家存立の前提であつて、それに疑義を呈することは、原則として国家の存在自体を疑うことになりかねない。

先の世論調査自体が一つの傍証であるように、自衛のための実力の保持が国民大多数の肯定的態度によって支持されているとすれば、その実力を積極的に行使用することへの支持には直結しないまでも、一朝有事の際の実力行使を絶対的に否定していないことについては疑義がないと言ふべきである。

また同時に自衛のための実力が、あらかじめ平時に組織・整備されていなければ真の実力になり得ないことは、極く一般の常識と言ふべきで、国民の生命・財産を擁護し、幸福追求権を具体的に実現するため、不正な侵害を排除することに憲法上の疑義はない。これはむしろ憲法上の積極的要請であり、独立国家としての当然の責務でもある。

「ここに言う『日本独自の自衛権』とは、いわゆる集団的自衛権ではなく個別的自衛権であろうが、だからといって



これが「戦力を伴わない自衛権」<sup>④</sup>であると断定することは一方的に過ぎないだろうか。確かに集団安全保障機構を究極的に模索しようとすれば、自衛権の限定的解釈や極小化は必然的帰結であろう。しかし自衛権の問題が独立国家に特有の問題であると同時に、国際社会におけるすぐれて現代的な問題でもある以上、その現状を度外視しての論議は無意味である。従って憲法九条を「戦力を伴わない自衛権」の規定として、それを客観的規範内容とし、これが現行の「憲法が自ら限定した現代自衛権の存在形態」<sup>⑤</sup>であると判断することには、到底首肯できない。将来における国家の危機の予測と共に、「信頼と検証」に基づいた着実な歩みこそが、現状を肯定しながらも結果的にグローバルな安全保障に貢献する唯一の方法である。

## 注

- ① 読売新聞一九八八年六月二一日付朝刊第一三三三。
- ② 長谷川正安「百里判決の憲法論批判」、『法律時報』第四九卷第八号（一九七七年六月一日、通巻五九五号）、九頁二―三段。傍点は筆者であるが、まさに「戦力」に該当するかが議論されているところ、このような断定が前提では、まさに「議論にならない。」（当節注③参照。）
- ③ 長谷川正安「前掲論文」、九頁三段。
- ④ 高野雄一「憲法第九条―国際法的にみた戦争放棄条項」、『日本国憲法体系』第二卷（一九七三年）、一五六―七頁参照。
- ⑤ 浦田賢治「百里判決と憲法九条論」、『法律時報』第四九卷第八号（一九七七年六月一日、通巻五九五号）、一七頁一―四段参照。

現在の自衛権論議の中には、浦田教授の指摘されたように、国際慣習法上の自衛権である「自己保存権」との混同が少なからず存在するように思う。この点、外交交渉による問題解決といった「戦力なき自衛権」の内容とは、レベルの異なる問題となっている。

## 七、違憲法令審査権の在り方

### ——憲法判断の回避と司法権——

違憲法令審査権の具体的行使の態様には、大別して大陸法系の流れをくむ抽象的規範審査制と、英米法系の流れをくむ具体的規範審査制とがある。前者はその制度目的を客観的憲法秩序の維持に置くのに対し、後者はその制度目的を主観的人権の保障に置き、わが国は後者の制度を採用している。

アメリカなども同様の形式（具体的規範審査制）による訴訟形式を採用している。

ただ一方では司法積極主義の考え方や、裁判所の憲法保障機能を強めようとする立場から、一定の要件が充たされる場合には、裁判所に憲法判断をする義務があるとする考え方も存する。

一定の要件とは(1)憲法の基本原理への重大な違反の疑い、(2)当事者を含む国民の憲法上の権利侵害及び侵害の危険、(3)当該事件の紛争の根本的解決のために憲法判断が避けられないこと、の三点である。<sup>①</sup>

更に具体化すれば、「事件の重大性、違憲状態の程度、その及ぼす影響の範囲、事件で問題にされている権利の性質、憲法判断で解決するのと法律解釈しないしその他の理由で解決するのと、その及ぼす影響がいかに違うか」という判決の「効果」<sup>②</sup>などの総合的判断の結果、憲法判断に踏み切るべしとするのである。

理論的には、ある法律が具体的事件に適用される場合、事前に合憲性審査が行われるのがたてまえであるが、わが国における前示の制度目的から、この場合は、その必要とされる限度において個別的・具体的に合憲性審査が行われるのが妥当である。もとより一方の制度目的が他方のそれを否定することはなく、それはあくまで第一義の意味にお

けるものである。

このような憲法判断回避の考え方は、砂川刑特法事件上告審判決（最大判、昭和三四年二月一六日）以来、各段階の裁判所において踏襲されてきているものであり、最近の傾向という訳ではない。一連の憲法九条関連裁判の中でも長沼ナイキ訴訟第一審判決（札幌地裁、昭和四八年九月七日）だけが突出しているだけで、他は一樣に積極的判断に慎重な態度であり、このような考え方がわが国裁判所にはほぼ定着しているといっても過言ではない。この意味では統治行為論の援用によるこの分野の判断回避は、司法裁判所の有する制度的限界であると共に、制度自体の有する内在的制約であると言えることができる。

このように司法権行使に関する付随的審査制の下では、憲法判断が訴訟の解決に必要な不可欠な場合、その限度においてなされるべきであり、それ以外の場合には、憲法判断を回避できるというルールが認められているというべきである。

即ち民主制の論理と憲法の論理との微妙なバランスの調整弁として、この司法積極主義に対する慎重さが機能しているとも換言することができる。

このことから司法裁判所の役割・目的等を考えれば、具体的規範審査制はまさに相当であり、その場合においても、いたずらに憲法判断を求める姿勢こそが改められなくてはならない。

加えて昨今の状況は、合憲にしろ違憲にしろ、最高裁の判断が及ぼす社会的影響は計り知れず、裁判所を益々判断に慎重ならざるを得ない状況に迫り込んでいると言えなくもない。

注

- ① 古川純「自衛隊裁判と違憲審査」——百里基地訴訟最高裁判決——、『法学教室』一〇九号（一九八九年一〇月）、四九頁三段参照。
- ② 芦部信喜「法律解釈による憲法判断の回避」——惠庭事件——、別冊『ジュリスト』第六九号、憲法判例百選Ⅱ（一九八〇年五月）、二八二頁三段引用。
- ③ 芦部信喜『憲法訴訟の理論』（一九七九年、有斐閣）、二八一—二八三頁参照。

結びに代えて

権力分立制のきわめて現代的な特徴として指摘される点に、行政国家の出現に伴う行政権の肥大化の問題がある。この背景の下では、行政部門の公権力の行使による国政の遂行が権力分立制のバランスを崩した場合、それにいかに効果的に対処し、また制度の公正な運用にいか速やかに復帰するかが重要な視点である。司法積極主義のよって立つ根拠も、この意味では理由なしとしない。即ち人権侵害に対して司法裁判所は、その第一義的制度目的から、積極的な憲法判断（合憲・違憲両方を含めて）が望まれる一面もある。

しかしわが国の司法制度が、主観的人権の保障を最重要点に置く制度ではあっても、同時に“憲法の番人”として、広く客観的憲法秩序の維持にも貢献しなければならないことは当然である。立憲秩序の維持のためには、一般的意味から“司法権の積極化”を求める声も少なくない。<sup>①</sup>このバランス若しくは調和をいかに実現するかが、今後の最高裁に課せられた重要な課題とも言えよう。

また私法分野への公法原理の導入という点については、西ドイツの学説等を例に挙げ、公法的任務の遂行に際して、「国家は私法上の行為の形式をとる場合においても基本権に拘束される」<sup>②</sup>とする考え方や、「国の私法上の行為が直接に公共目的を追求し、公共の任務を遂行する手段そのものであるときには、人権規定の無条件の適用がある」<sup>③</sup>とする考え方など、公法原理の私法分野への適用に積極的な昨今の動向などが紹介されている。

確かに百里基地訴訟最高裁判決の伊藤正巳裁判官の補足意見でも述べられているように、憲法の諸規定が「私人間で行われた私法上の行為であっても、直接に拘束を及ぼすものがあると考えてよい」ことは理解できる。その具体例として、伊藤裁判官は奴隷的拘束を受けない自由（憲法一八条前段）や勤労者の基本権（同二八条）等を例示している。

しかしながら権力分立制下における司法権のチェック機能の強化は、その制度的限界からかなり困難な問題である。客観的憲法秩序の維持を積極的に保障しようとする、またその機能を裁判所に付与しようとすることは、現行最高裁に大陸法系下の憲法裁判所の性格を付与することと酷似しており、三権の内の司法権及び司法裁判所としての枠を自ら放棄することに他ならない。これはわが国における現行権力分立制を根幹から変更することにも帰結することになる。これは当然のことながら、国権の最高機関としての国会の地位（憲法四一条）にも影響することが予想される。

また公法原理の私法分野への適用という問題もやっかいな内容を含んでいる。百里基地訴訟においては、憲法九条の私的な財産取引行為への適用の問題として具体化されたものである。

現代の多様な価値社会において、確かに私法の公法化傾向や厳格な公法・私法の二元論の不合理な側面の指摘など、

両分野の境界に多くのあいまいさを残している点は容認せざるを得ない。しかしこのことが同時に公法原理の私法分野への適用を意義づけ、合理化し、積極的に推し進める根拠とはなり得ない。具体的理由は先に示したところであり繰り返さないが、公法規定の私法分野への積極的適用の進んだ先には、全く当初の意図とは逆の、公権力の私法分野への介入が行われる恐れなしとしないのである。私的自治の原則が厳格に貫かれるためにも、公法原理の私法分野への安易な適用は避けられなければならない。

更に統治行為論については、法的立論として妥当であるにも拘らず、一般に誤解され易い難点もある。そもそも統治行為とは、国の安全保障のような国政の基本に関わる高度に政治性を有する政策であり、法的判断の可能な場合であつても司法判断の対象にはなじみにくいものである。そしてかかる理論自体は、同政策の判断を、国民の直接代表で構成する国会やそれに連帯責任を負っている内閣に委ねるべきことを主張する考え方である。即ち最終的には選挙を通じて、国民の判断による結着を是とするものと言えよう。

確かに現行司法権に関する憲法条規には、明確な限界は存しないようにも見え、違憲審査権の無限界性が規定されているようにも見える。

しかし前述のように、現行憲法は三権分立制の原則をも採用しており、司法権の内在的制約は条理上も存在すると言わねばならない。統治行為論は、かかる制度上の原理として妥当性を有するものと言うことができる。<sup>④</sup>

ところが一連の憲法判断回避裁判に関してのマスコミ論調の多くに、統治行為論があたかも裁判所の司法審査の放棄であるとの主張や裁判所の責任回避であるかのような論調が目立つのであり、政治に対する追従であるとの批判もなされている。しかし「統治行為論は、十分な合理的根拠をもつ考え方であつて、むしろ、司法権の独立を守るため

に必要不可欠な考え方だとさえいわれているものである。<sup>⑤</sup>

いかにも回避すべきでないものを、あたかも責任逃れのために回避したかのような論調は、厳に慎まなければならない。この点からは、本件でも理解されるように、基地建設反対派住民が自らの政治的主張を貫くために、訴訟に持ち込んだ意図的指向が見え隠れしている。本来司法裁判所に親しまない政治的目的と純粋な司法作用とを明確に画するためにも、当該最高裁判決は、憲法判断の回避を含めて妥当なものと思えるのである。

#### 注

① 小林直樹「百里基地訴訟最高裁判決考」、『法律時報』第六一巻第一〇号（一九八九年九月号）、七八頁参照。

② 古川純「前掲論文」、五一頁四段引用。

③ 古川純「前掲論文」、五一頁三段引用。

④ しかし憲法上の問題には、事の性質上政治問題を内包するものが多くあり、統治行為論をあまり広義に解釈し、広範囲に適用するとすれば、違憲法令審査権自体の有名無実化につながる。従ってその範囲は、高度な政治性を有する国家の基本政策問題であると同時に、国民の直接代表たる国会や内閣の責任にふさわしい性質の事例に限定されるべきものである。

⑤ 林修三「自衛力保持の合憲判断と統治行為論」―百里基地事件水戸地裁判決を読んで―、『法律のひろば』第三〇巻第五号（一九九二年五月）、九頁参照。しかし統治行為論の中の「一見明白違憲論」には、一見明白に違憲な場合とはいかなる場合を指し、その場合に、はたして司法審査権の実際上の行使が可能なのかの疑問が残っている。同一〇頁参照。